

POR

EL CONDESTABLE de Caſtilla, Comendador de Yeſte.

CON

Los herederos de Gabriel de Salas Serrano, y Bartolome Sanchez, y Alonſo del Campo, y Rodrigo Coronado, y Ana Coronado, vezinos de la villa de Yeſte.

SOBRE

Las pagas decurſas de vn cenſo perpetuo, y diezmos deuidos a la dicha encomienda.

1 PRESVPONESE Que la dicha Encomienda tiene executoria antigua, deſpachada en la Chancilleria, por Iunio del año de 555. para que ninguna perſona en el termino de Taiuilla, y Nerpio pueda tomar ſolares, ni tierras, ni otros ningunos aprouechamientos, ſin licencia del Comendador, como ſeñor de la propiedad de los dichos terminos, ſegun ſe contiene en vn pregon inſerto en la executoria, y confirmado y mandado guardar por ella.

2 Iten ſe preſupone, que en ſiete de Iunio del año de 564 los dichos Gabriel de Salas Serrano, y Ana Coronado, por ſi, y Alonſo del Campo, y Rodrigo Coronado ſus hijos, y Bartolome Sanchez de Gomez Garcia, vezinos de la villa de Yeſte, otorgarō eſcritura, en que ſe obligaron de mancomū, de dar y pagar perpetuamente para ſiempre jamas, por ſi y ſus herederos, ſeys hanegas de trigo de renta y cenſo perpetuo en cada vn año, porque les da licencia para que puedan hazer y tener vn molino harinero para ſu aprouechamiento, en el termino de Taiuilla, y mas le pagaran el diezmo como fuere cayendo, y ganando el fruto, con las condiciones del cenſo perpetuo de auer de tener el dicho molino, preſſa, y cazes, inhieſtas, y bien labradas, y reparadas, de manera que por ſu culpa no ſe pierda, ni cayga y vaya ſiempre en aumento, y que ſi aſsi no lo hizieren, pueda el Comendador y ſus ſuceſſores hazellos, y executalles por la coſta que declarare en ſu juramento, y tiene las demas condiciones, de no diuidirſe, y de pedir licencia, y tomar por el tanto, y pagar veintena, y la pena del comiſſo, y las demas de los cenſos perpetuos.

Eſte molino ſe hizo, y en virtud de la dicha eſcritura,

tura, està en possession la Encomienda de cobrar como ha cobrado siempre las seys hanegas de trigo en cada vn año, con mas otras quatro por el diezmo. Y por el año de 619. executò por los corridos de los dos antecedentes de 617. y 618. y se sustãciò la causa en la via executiua, y los executados fuerõ citados de remate, y se opusieron, y alegaron, y presentaron todo lo que agora, y sin embargo se hizo el remate y pago.

4 Executose agora por las dos pagas de dos años siguientes de 19. y 20. y a esta execucion se opusiẽron los executados, alegando lo mismo, que fue dezir no deuian pagar, porque la dicha escrituria de censo perpetuo, otorgada el año de 64. la auian otorgado sus antecessores, por vexaciones que les hazia el Comendador, y que no les auia dado tierra ni heredad, y que el molino no molia por no tener suficiente agua, y se auia caydo, y hazian dexacion del.

5 Respondio el Comendador, que el contrato de censo perpetuo era legitimo, porque conforme a la executoria, la Encomienda era señora del suelo, y del derecho de edificar, y tener molino: y por auer dado a los tomadores la dicha licencia, pudieron fundar el dicho censo perpetuo, y que està obseruado por mas de cincuenta y seys años, y la Encomiẽda en possession de cobrallò, y no se le puede embaraçar su via executiua, y que si el molino no muele, la culpa es de los posseedores que tienen obligaciõ a tenello reparado, y tiene agua bastante, porque siempre fue de cubo que ha menester poca agua: y reparando los posseedores los cazes y azequias, como se obligaron, estarà moliente y corriente, y el no hazello es culpa suya; y que la dexacion que hazẽ no les aprouecha, porque lo que puso de su parte

el

el Comendador (que dio causa al contrato) fue la licencia y permissiõ para edificar y tener molino, y todo lo demas quedò por cuenta y riesgo de las otras partes; como lo dize la condicion segunda; y pues el Comendador cumple con lo que le toca, y no reuoca la licencia, no importa la dexacion para dexar de pagar.

6 Hizieronse prouanças en los diez dias, en q̃ los testigos de los executados dizen que oyeron, que quando sus antecessores hizieron la escritura del censo perpetuo el año de 564. los molestaua el mayordomo de la Encomienda sobre derechos della, y q̃ el molino està desconcertado y tiene poca agua para moler.

7 Por parte de la Encomienda se afirma en su executoria del derecho y señorio del suelo, y escritura de censo perpetuo, y possession de cobrar, como cobrò los años proximos. Y en quãto al estado del molino, dizen los testigos, que la falta que tiene es porque no lo reparan y dexan perder, y que tiene agua bastante por ser de cubo, y auer menester poca, y q́ quando està en pie muele todo el año, excepto dos meses de Agosto y Setiembre, que falta la agua con la seca.

8 El juez dio sentẽcia, en que reuocò la execucion y reseruò el derecho a los posseedores para que pidiessen a la Encomienda lo demas que auian cobrado dellos.

9 Y para que esta sentencia se reuoque, y se mande hazer remate y pago al Comendador de las dos pagas vltimas, sobre que es este pleyto, ay estos fundamentos.

10 Lo primero, la escritura publica es instrumento guarentigio, que trae aparejada execucion contra los herederos de los obligados, y no se duda lo sean los

los executados, porque todos lo confiessan en los poderes que dan para seguir este pleyto, y es llano que la via executiua ha lugar contra ellos, l. ex contractu, de re iud. Bartol. & Paul. in l. postulante ad Trebel. Parlador. lib. 2. rerum quotidian. cap. fin. 4. p. § num. 1.

11 Y para executar a los que se obligaron al censo, o a sus herederos (que es lo mismo) no importa q̃ sean, o no, posseedores de la cosa sobre que se impuso, porque respecto de los que hizieron el contrato, o sus herederos, siempre dura la obligacion personal, aunque dexen de posseer las hipotecas especiales, o generales, y solo consiste la diferencia que el heredero que las possee, o alguna dellas puede ser conuenido insolidum, y sino possee, proportione hæreditaria, ita post Couarru. lib. 3. variarum, capit. 7. num. 6. vers. *Hinc etiam deducitur*, resoluit copiosè Auendañ. Iunior, de censib. cap. 95. num. 6.

12 Lo segundo, porq̃ para esta via executiua, demas de la escritura publica concurre la possession, y vltimo estado en que se halla la Encomienda de cobrar esta renta, pues cobrò las pagas antecedentes, sin contradicion de los deudores, y lo mismo ha de hazer agora, sin que agora se pueda controuertir la question de nulidad, o extincion del titulo, porque esto no es para este juyzio executiuo, ni en el se puede juzgar, como si estuuiera anulado, sino executallo como se halla, dexãdo el tratar de nulidad del titulo para juyzio ordinario, l. statu liberationem, ff. de statu liberis, l. ille à quo, §. si de testamento, ff. ad Trebel. l. quamuis, vbi Alexand. C. de edict. diui Adrian. tollend. Y en materia de auer cobrado las pagas antecedentes del tributo el cap. quærelam, de electione, y en presentar cap. consultationibus, de iure patronat. Y en materia de cobrança de pension,

sion, o execucion de instrumento publico, vt non retardetur, si se opusiesse recisiõ, o rebaxa, Achiles de Grasſ. decis. 4. de rescript. Mandos. reg. 3. quæst. 7. num. 2. Marchesan. de cõmis. 1. p. cap. 4. de commiss. appellat. in causis pensionum, n. 65. Flores de Mena lib. 1. pract. q. 12. n. 30. 31. & 32.

13 Lo tercero, y a mayor abundamiento, quando se pudiera tratar en este juyzio executiuo dela propiedad, y fuerça del censo perpetuo, y no auerse extinguido la obligacion de pagallo, es muy clara la justicia de la Encomienda, sin que obsten las excepciones de los dichos herederos.

14 Y por quanto se embaraçan en parecelles que este contrato fue censo perpetuo emphiteotico, y de aqui infierẽ que no se pudo fundar, porque la Encomienda no les dio el molino, ni cosa rayz para que gozassen el señorio vtil, quedandose ella cõ el directo. Y que quando huuiera sido valido, se auia extinguido, por no auer ya molino, conforme a la l. 1. C. de iure emphyt. y en falta desto dizen, q̃ haziendo dexacion del molino, cessa el podelles pedir el dicho censo perpetuo. Ideò, para deshazer toda esta imaginacion se aduierte.

15 Lo primero, que considerado el derecho Real que tenia el Comendador en todo aquel termino de que no se pudiesse hazer en el edificio, ni tener ningun genero de aprouechamiento sin licẽcia suya, como señor dela propiedad de los terminos, como lo dize a la letra la executoria, se sigue que el contrato en que las partes se obligaron a pagar a la Encomienda seys hanegas de trigo de tributo perpetuo, por la licencia que les dio para fundar, y tener molino, le podemos cõsiderar en vna de dos formas.

16 O como contrato inominado, *facio, vt des, vel, do,*

do,vt des: y auiendo cumplido el Comendador de su parte con dar la dicha licencia, y perseuerar en ella (lo qual fue cosa estimable) no ha menester mas para pedir por la accion præscriptis verbis, que las otras partes cumplan con lo que les toca, q̃ es pagar el dicho censo perpetuo (pues todo lo demas que tocò a tener y conseruar el molino, quedò por cuenta de los obligados, como lo dize la escritura) l. naturalis, §. & siquidem, & §. quod si faciam, ff. de præscript. verbis, Bartul. in l. iurisgentium, §. *1*. numero 1. & 2. ff. de pact. l. 5. titul. 6. part. 5. & est elegans doctrina Baldi in l. 1. num. 10. C. de iur. emphyteutic. dicens: *Denuo quæro: Dedi Ecclesiæ domum, vt me aleret, combusta est domus, an teneatur mihi ad alimenta[illegible], videtur quod non, vt hic, in fine, contrarium est verum, quia contractum impleui ex parte mea statim, quod dedi vnde periculum est acceptoris, non datoris, vt ff. de euict. l. Lucius, de pericul. & commod. rei vendi. l. necessario, de condict. ob causam, l. si pecuniam, §. penultim.* Hæc Bald. Idem dixerunt Alberic. & Angel. ibidem Ias. n. 14. Petrus de Ancharr. cap. potui, de locato, nu. 22, qui allegat d. l. naturalis, §. & si quidem, ff. de præscript. verbis in vers. *Sed si Sciphos tibi dedi, vt Stychum mihi dares periculo meo Stychus erit.* Abbas in cap. fin. numer. 5. de rerum permutat.

17 Y en nr̃os mismos terminos tocò la questiõ Iuã And. in additionibus ad Speculũ, sub tit. de locato, §. postquã, nu. *11*. vers. sed quæritur: y para q̃ se vea quã ajustada es a nr̃o caso, põgo sus palabras: *Quid si Ecclesia concessit Titio, vt in flumine suo edifficaret molẽdinũ pro certa annua pẽsione, vel cẽsu ipsi Ecclesiæ soluẽdo: si postea molẽdinũ sit destructũ forte inundatione aquarũ, & cõductor molẽdini nõ reficit illud, nec vult soluere pẽsionẽ: vel cẽsũ quærebat, an ad illa posset cogi, &c.* adõde pone el pro y cõtra de los antiguos

tiguos Hugon y Pileo, q̃ tocarõ otra ſemejãte queſtion, en que reſoluieron la duda: *Quidam impetrauit, vt in domo ſua facere poſſet furnũ, dando Regi cenſum annuum, licet nõ fecerit, vel habere deſierit, debet cenſum, quia datio, etiam Regis fauorem reſpexit.* Eſto dixo Pilio, y Hugon (a quiẽ ſigue Iuã Andres) diſtinguio: *Quod ſi intereſt Eccleſiæ ibi eſſe molendinũ, etiam vltra penſionem tenebitur ad illud reficiendum, exẽplificare poſſes in intereſſe, ſi tenebatur vltra mercedem, certas menſuras molere gratis Eccleſiæ, vel intereſſe vicinitatis.* De modo que aſsientan pro conſtanti, q̃ la penſion a que ſe obligo por la licencia q̃ le dieron para edificar molino, ſiempre la ha de pagar, y en eſto no huuo duda, y ſolo ſe controuirtio, ſi le podrã compeler a reedificar el molino deſtructo, caſu fortuito, en lo qual diſtinguierõ Hugon y Iuã And. ſi importaua, o no al q̃ dio la licẽcia, o a la Republica q̃ el molino eſtuuieſſe en pie: lo qual en nr̃o caſo (ſi trataramos de cõpeler a reedificar y cõſeruar el molino) no tuuiera duda auer de ſer cõpelidos los dichos herederos, por ſer intereſſada la Encomiẽda, aſsi por los diezmos del molino, a q̃ ſe obligarõ ſus Autores en el cõtrato, como por ſer expreſſa cõdiciõ del, q̃ lo ayã de tener ſiẽpre en pie, y biẽ reparado, o q̃ el Comẽdador lo haga a ſu coſta, y les execute por ello, & prædictã diſtinctionẽ ſequuti ſunt Burr. Anchar. & Abb. in c. quãto, de cẽſib. Alueric. in auth. hoc ius porrectũ, verſ. vnã aliã pulchrã queſtionẽ, C de ſacroſ. Eccl. Iaſ. in repet. l. quominus, n. 147. & 148. ff. de fluminib. quibus nõ citatis, idẽ tenet Alu. Valaſ. de iur. emphyt. q. 26. n. 8. verſ. *Sexto ex prædictis cõſtat deciſio alterius quæſtionis; cõceſſit Eccleſia, vel Rex Titio facultatẽ, quod in flumine ſuo edifficaret molẽdinũ pro certa annua penſione ſoluenda ipſi Eccleſiæ, vel Regi*: adonde haze la miſma diſtincion, diziendo, que ſi ceſſa el interes

teres

teres del dador de la licēcia, en que el molino no estè en pie no sera cõpelido a reedificallo, pero en quanto a pagar la pension, concluye, diziendo: *Cessante verò tale interesse, licèt reædificare non teneatur, tenebitur tamen ad solutionem pensionis, quia contractus vtriusque gratia celebratus est, l. vltima, ff. mandati.* Y assi es llana, y sin controuersia la justicia del Comendador para cobrar estas pensiones, como tambien lo sera hazelles que reedifiquen el molino quã do se trate dello.

18 Y si este contrato se tomasse como emphiteutico, tambien es clara la justicia de la Encomiēda, sin embargo de que ella no huuiera dado el molino, pues basta que diesse la licencia para fundalle, y tenelle, que fue alargar en quanto a esto su derecho de seruidumbre real y perpetuo que tenia en aquel termino de prohibir no se hiziesse, ni huuiesse molino sin su licencia, porque para el contrato emphiteutico basta que el señor conceda cosa adherente a la raiz, como es la seruidumbre, o algun derecho perpetuo estimable, como de cortar o pescar, o pacer, o tener molino, o horno, aut quid simile, quia sufficit quod emphyteusis consistat in rebus corporalibus solo coherentibus, vt sunt seruitutes, ita definit Aluar. Valasc. de iure emphyt. quæst. 1. n. 4. & copiose, & ex professo Auend. de censibus cap. 48. per totum, vbi fundat posse consistere emphyteusim in dictis seruitutibus, & alijs iuribus similibus.

19 Imò, que no es otra cosa la emphiteusi de vn molino, sino el derecho de tenelle, porque como cosa puesta en el peligro del rio, no es fixa, pues se quita y pone cada dia, y assi la emphiteusi no consiste, sino en el derecho de tener aquella grangeria en aquel lugar, y cõseruallo, como lo notò Aluar. Valasc.

de

de iure emphyteut. quæst. 12. nu. 8. versic. *In molendinis verò benè potest emphyteusis consistere, licet in medio fluminis sint, quia solo cohærent, nã mobile immobili cohærens, censetur immobile, Angel. in authent. de non alienandis*, §. 1. Auend. d. cap. 48. n. 6.

20 Vnde, no es admissible el dezir, q̃ porq̃ oy no esta el molino en pie se extinguio la emphiteusi, y ha de cessar la paga de la pensiõ, ex l. 1. C. de iure emphyt.

Lo primero, porq̃ lo que la Encomienda dio fue el derecho, y seruidumbre Real de poder tener molino, y por esto se obligaron los tomadores a la pension, y todo lo demas tocante a reparalle, y tenelle siempre en pie para su prouecho quedò a cargo dellos, y sino lo hazen, no se escusan de pagar la pension, y aun podra el Comendador adelante pedir q̃ sean compelidos al reparo por el demas interes, como ariba se dixo num. 17.

21 Lo segundo, porque en los terminos de cõtrato emphiteutico sobre molino se esta de suyo que siẽpre queda a cargo de los emphiteuticas reedificallo, y hazer todo lo que deshiziere el rio, o el tiẽpo, todas las vezes que fuere menester, aunq̃ se destruya por auenidas, ò otro caso fortuito, porque para conseruar la emphiteusi, & quod non dicatur in totum destructa, y pagar la pension, basta la disposicion, y aptitud del sitio para vsar del derecho de tener molino, ad instar de vna casa emphiteuticada q̃ se hundio, o quemò, y en esto se destingue el contrato emphiteutico de molino de la locacion y conducion del, quia in locatione corre el reedificar por cuenta del locador, nisi aliud conuenit, at verò in contractu emphyteutico, corre todo por quenta y riesgo del emphiteuta, y siempre ha de pagar la pension (etiam q̃ no se huuiera obligado al reparo y edificio

ficio perpetuo, como aqui se obligò) como elegantemente lo distinguio Ias. in d. l. quominus, ff. de fluminibus, n. 150. his verbis, *Si antē tale molendinū emphyteuticum esset penitus & in totum destructum, ita quod opus esset facere aliud de nouo, an tunc emphyteuta teneatur soluere pensionem solitam? & quidem prima facie videtur dicendum, quod tunc emphyteuta sit liberatus, quia quando in totum perit res emphyteutica, liberatus sit emphyteuta, l. 1. C. de iur. emphyteut. & ibi Glos. ponit versus vulgares, & §. adeo, institut a locati* (sequitur, & facit) *In contrarium facit, quia licet molendinum sit in totum destructum, adhuc superest ius fluminis, in quo potest, ad huc denuo ædificare, & sic res non perijt in totum.* Y trayendo el exemplo de la casa dada en emphiteusi, quæ si cōburatur, manet area, vt reedificetur, concluye: *Ideo dicamus in proposito, quamuis sit destructum molendinum, adhuc superest ius fluminis, & sic quasi quædam area, in qua potest denuo edificari*. Siguele Boerio decis. 213. num. 6.

22 Y no es cierto en el hecho lo que dizen las otras partes, que el agua cō que molia este molino es poca, y le falta algunas vezes, porque como està prouado por el Comendador con muchos testigos en su tercera pregunta, el agua es la misma que siempre huuo, y el molino por ser de cubo ha menester menos, y que solo faltaua los dos meses de Agosto, y Setiembre, con la seca, y los diez meses restantes molia (que es lo que sucede aun en los rios caudalosos:) Y assimismo dizen los testigos, que la falta cōsiste en la que han tenido los posseedores de no limpiar las azequias y conductos por donde viene el agua, y que se pueden reparar facilmente: y pues el Comendador cumple con perseuerar en la licēcia

que

que dio causa al contrato, no ay razon para que las otras partes dexen de cumplir su obligacion, & sibi imputent, el no querer tener el molino como se obligaron.

23 Vltimamente las otras partes alegan vna cosa tã fuera de razon en la materia como las demas, que es dezir, hazen dexacion del molino y licencia, como si estuuiera en su mano despues de hecho el cõtrato reciproco, y obligatorio de vna parte a otra, apartarse la vna, contra l. sicut ab initio, C. de actionib. & obligationib. Y las doctrinas en terminos de Iuan Andres, y las demas arriba citadas num. 17.

24 A que se añade para su total desengaño, que hora sea este contrato innominado reciproco, como queda dicho, hora emphiteutico, no està en volũtad de vno de los contrayentes, ni de sus herederos q̃ le representan, dezir que quieren dexar la cosa, y

25 escusarse de la paga, por tres razones. La primera, porque el principal obligado, y sus herederos, pueden siempre ser conuenidos por la acciõ personal, aunque no tengan la cosa q̃ dio causa a la obligaciõ, y solo procede la dexacion en otros casos, y en los terceros posseedores estraños que no cõtraxeron, ni sucedierõ por titulo vniuersal el estar obligados a la carga de la hipoteca Real de la cosa, que ad eos peruenit titulo particulari, mientras la posseen: pero no en los contrayentes ni sus herederos q̃ siempre conueniuntur, ex Couarruuia, & alijs supra nu.

26 11. La segunda, porque la obligacion de pagar la pẽsion, no nacio del molino, sino de la licencia de edificalle: y esta no la reuoca el Comendador, ni pudiera aunque quisiera, sin consentimiento de las otras partes: y assi tampoco ha de estar en manos dellas,

renun-

renũcialla en perjuyzio del derecho adquirido por el cõtrato, ex d.l. ſicut ab initio, & regula l. preterea mãdati: y las doctrinas de Iuã Andres, y los demas citados ſupra n.17. La tercera y vltima, porq̃ en materia de cenſo perpetuo no eſtà en voluntad del poſſeedor de la coſa (etiam, que fuera eſtraño) dezir que la quiere dexar, porque la perpetuidad la hizo affecta in perpetuum, para que ſin voluntad del ſeñor del directo no ſe pueda hazer dexacion ni eſcuſarſe de pagar la penſion in perpetuum, aſsi como el tampoco puede hechalla, ſino en los caſos de la pena del comiſſo (y aun eſte no eſtà ya en vſo) l. 2. C. de iur. emphyteutic. in verbo. *Si dominus voluerit*, à contrario ſenſu, quem ad hoc citat *Baldus* ibidem, numer. 8. dicens, *Quæro an emphyteuta poteſt dimittere emphiteuſim inuito domino? Reſpondeo quod non.* Alberic in eadem l. 2. numer. 21. ibi: *Item quæro, numquid vaſſallus, vel emphyteuta rem dimittendo poſsint ſe a ſeruitio, vel penſione liberare, & videtur quod ſic: in contrarium eſt, quia emphyteuta eſt perſonaliter obligatus ad ſolutionem penſionis, vt ff. de contrahenda emptione, l. fin. §. vltimo, & videtur expreſſum infra de fundis patrimonialibus, l. quicumque, & hanc approbat Guido de Suza.* Hæc Alberic. & poſt Specul. Imol. & alios idem docet Iaſo. in eadem l. 2. numer. 24. quibus non relatis idem tenet Rodriguez de annuis red. lib. 2. quæſt. 9. num. 68.

28 Y aunque eſtamos litigando con los primeros contrayentes, y ſus herederos que lo repreſentan, y no hemos meneſter entrar en la diſputa, ſi procede lo miſmo con los terceros, adhuc, es lo miſmo en la materia de cenſo perpetuo

tuo emphiteosi, porque entrando en la cosa, son vistos obligarse con la calidad que lo estauan el primer adquiriente, y sus herederos, vt multis fundat Auendan. de censibus capit. 23. numer. 2. & capit. 96. numer. 3. & sequentibus.

29 De todo lo qual resulta, que la Encomienda tiene clara justicia para que la sentencia aya de ser en su fauor, sub censura, &c.